Schadensersatz bei Dissens.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Walter Nonhoff.
Referendar aus Essen.

Marburg 1934.

Druck: Weise & Co., Essen.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 1. März 1934.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. A. Manigk.

Inhalt:

Literaturverzeichnis:

v. Alberti, Die Mitteilungspflicht bei Unvermögen oder Unmöglichkeit und ihre Verletzung. ArchcivPr. 118, 141.

Bading, Irrtum und Dissens. JW. 1914, 609.

Bähr, Ueber Irrungen im Kontrahieren. IherI. 14, 393.

Brecht, System der Vertragshaftung (Unmöglichkeit der Leistung, pos. Vertragsverletzung und Verzug). IherI. 53, 213.

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Auflage, Jena 1927.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 3. Auflage, Jena 1911.

Eck, Vorträge über das Recht des BGB., Bd. 1; Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1; 8. Auflage. Berlin 1903.

Engels, Der offene und versteckte Dissens. Diss. Rostock 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd; Marburg 1931, 13. Auflage. Bearbeitung von Nipperdey.

O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht. 3. Bd. München und Leipzig 1917.

Hildebrandt, Erklärungshaftung. Ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechts. Berlin und Leipzig 1931.

Hölder, Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung. IherI. 55, 413 ff.

Hölder, Zur Theorie der Willenserklärung. Leipzig 1905.

Ihering, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. IherI. 4, 1.

Jacobi, Theorie der Willenserklärung. 1910.

Jacobsohn, Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums. IherI. 56, 348.

Klein, Zur Lehre vom sogenannten negativen Vertragsinteresse. DIZ. XI, 596.

Koeppen, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden. IherI. 11, 139.

Kuhlenbeck, Zur Lehre vom sogenannten negativen Vertragsinteresse. DIZ. X, 1142.

Larenz, Die Methode der Auslegung der Rechtsgeschäfte, zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung, Leipzig 1930.

Leonhard, Franz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. ArchcivPr. 120, 14.

Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß. Berlin 1910.

Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB. München und Leipzig 1929 und 1931.

Leonhard, Festgabe für Enneccerus.

Leonhard, Bürgerliches Recht, Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 2. Auflage 1926.

Leonhard, Rudolf, Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge. I. und II. Teil. 7. Aufl. Breslau 1907.

Levy, Besprechung der ERG. 104, 265 in JW. 22, 1313.

Manigk, Das Wesen des Vertragsschlusses in der neueren Rechtsprechung. IherJ. 75, 127 ff.

Manigk, Irrtum und Auslegung. Berlin 1918.

Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.

Manigk, Die Methode der Auslegung der Rechtsgeschäfte. JW. 1930, 2193.

Manigk, Das System der juristischen Handlungen im neuesten Schrifttum. IherJ. 83, 1 ff.

Manigk, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts. Arch. für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Bd. 26 S. 359 ff.

Meyer, Herb., Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht. München 1909.

Mirth, Der versteckte Dissens. Diss. Breslau 1927.

Mommsen, 2. Heft der Erörterungen aus dem Obligationenrecht. Ueber die Haftung des Kontrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen. Braunschweig 1879.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch. Allg. Teil, 3. Aufl., Berlin 1927.

Oertmann, Verschuldungsfähigkeit. LZ. 1924, 241 ff.

Oertmann, Ein Beitrag zur Frage der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß... LZ. 14, 513.

Oertmann, Bemerkungen zur Frage der Haftung bei einem wegen Mißverständnis nicht zustande gekommenen Vertrage. ArchcivPr. 1923, 122.

Planck's, Kommentar zum BGB. nebst Einführungsgesetz, herausgegeben von Strohal, 1. Bd., 4. Aufl., Berlin 1913, bearbeitet von Flad.

Raiser, Schadenshaftung bei verstecktem Dissens, ArchcivPr. 1927, 1 ff.

Regelsberger, Pandekten, 1. Bd. Leipzig 1893.

RGRK., Das BGB. mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG., erläutert von Dr. Busch, Erler, Dr. Lobe, Michaelis, Oegg, Sayn, Schliewen und Seyffarth. 7. Aufl., 1. Bd. 1929.

Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen BGB. zur objektiven Schadensersatzpflicht. Freiburg 1896.

Rümelin, Das Handeln in fremdem Namen im BGB. ArchcivPr. 93, 162 ff.

v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts. Bd. 3, Berlin 1840.

Siegel, Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde, ArchcivPr. 111, 14 ff.

Schönwald, Verschulden beim Vertragsschlusse. Diss. Breslau 1924.

Staub, Kommentar zum HGB., bearbeitet von Koenige, Pinner, Bondi; 12. und 13. Auflage; III. Bd. 1926.

Staudinger's Kommentar zum BGB. und dem EG., 9. Aufl. 1. Bd. München, Berlin und Leipzig 1925. 2. Bd. 1926.

Stoll, Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen. LZ. 1923, 532 ff.

Titze, Die Lehre vom Mißverständnis. Berlin 1910.

Titze, Mißverständnis. Aufsatz im HDR.

Titze, Bericht über einen Vortrag über das Thema: „Das Verschulden beim Vertragsschluß"; gehalten in der juristischen Gesellschaft in Berlin, DJZ. 1925, 490.

v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Band, Leipzig 1910; II, 1. Bd. München und Leipzig 1914, II. 2. Bd. 1918.

v. Tuhr, Schadensersatz bei Dissens. ArchcivPr. 121, 359.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 1. Bd. 7. Auflage, Marburg und Leipzig 1876.

Warneyer, Kommentar zum BGB. für das Deutsche Reich. 1. Bd. Tübingen 1930.

Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Rechte. ArchcivPr. 92, 238 ff.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Auflage. 2. Bd. Frankfurt 1891.

Windscheid, Wille und Willenserklärung, ArchcivPr. 63, 72 ff.

Zitelmann, Die juristische Willenserklärung. JherJ. 16, 357 ff.

Die Aufgabe.

Das Problem der Haftung für culpa in contrahendo hat die Literatur seit Ihering[1] beschäftigt[2]. Eine einheitliche Ansicht hat sich jedoch auch heute noch nicht gebildet[3].

Im Gesetz normiert ist die Haftung für culpa in contrahendo nur in einzelnen Fällen[4], und es ist umstritten, ob die Haftung für culpa in contrahendo über die im BGB. geregelten Fälle hinaus allgemein bestehe. Die bejahende Ansicht gewinnt heute immer mehr Anhänger. Ja, sie ist die herrschende geworden[5].

Die im § 122 BGB. anerkannte Schadensersatzpflicht für culpa in contrahendo bei Irrtum hat das Reichsgericht in der ERG. 104, 265 in analoger Anwendung dieser Vorschrift auf den Fall des versteckten Dissenses ausgedehnt[6]. Das Reichs-

[1] IherJ. 4, 1. Er geht aus von nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. Nach seiner Ansicht gilt die vertragliche Sorgfaltspflicht ebenso für die entstandenen, wie für die noch in der Entstehung begriffenen Verträge.

[2] Für Ihering: Vangerow, 1. Bd. § 109. Windscheid hält Iherings Grundlage für zu eng. Er gründet die Haftung nicht nur auf die culpa, sondern schlechthin auf die bona fides. Vergl. auch Koeppen, IherJ. 11, 282; gegen Ihering: Bähr, IherJ. 14, 393; insbesondere Mommsen, Ueber die Haftung des Kontrahenten. 2. Heft der Erörterungen aus dem Obligationenrecht: „Vertragspflicht ohne Vertrag" meint er.

[3] Ueber die verschiedenen Theorien vergleiche jetzt Hildebrandt, Erklärungshaftung. Die Schrift enthält eine sorgfältige Zusammenstellung aller Rechtfertigungsversuche und neue Gesichtspunkte zur Behandlung des Problems. In seiner „Synthese der Rechtsergänzung" (S. 119 ff.) kommt der Verfasser dort zu dem Ergebnis: „Bei Geschäftsverhandlungen entstehen kraft objektiven Rechts primäre, vom Zustandekommen des Zielgeschäfts unabhängige Pflichten. Begründet durch teils statische, teils dynamische Rechtsergänzung beschränkt sich ihr Inhalt auf Erklärungs-(-Wahrheits- und Anzeige)pflichten über erkennbar wesentliche, in innerem Zusammenhang mit dem Zielgeschäft stehende Tatsachen. Daher löst „i. c." nicht jedes, sondern nur Erklärungsverschulden, d. h. der Anschein der Gegebenheit oder Abwesenheit einer derartigen Tatsache (= die schuldhaft unrichtige positive oder negative Wissenserklärung), den sekundären Erklärungsanspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens aus. Mit a. W. die Erklärungshaftung ist Wissenserklärungs- = Vertrauenshaftung." (S. 134.). Es würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen, auf alle Theorien einzugehen. Zu der beifallswerten Schrift Hildebrandts, der damit einer uferlosen Ausweitung der Haftung für culpa in contrahendo entgegentritt, vergl. unten S. 19 Anm. 51.

[4] Vergl. Mot. I, 195; II, 178 ff.; z. B. in den §§ 122, 179, 307, 309, 663.

[5] Staudinger, Anm. B., II, 1 Abs. 2 § 276; § 278, I, 2; Staub, § 347, 2a—e, 16; RGRK. § 276, 3; Soergel, § 276, I 5: Cosack-Mitteis I, § 135; Schönwald, S. 28 ff.; Leonhard: Verschulden beim Vertragsschluß; Oertmann, LZ. 1914, 513: Anm. 7 vor §§ 145 ff. c. cit.; Stoll, LZ. 23, 532 ff. v. Tuhr, Allg. Teil II, 1. 486 ff. Titze, DJZ. 25, 490; Planck, Vorbem. I, 4 vor § 275; Raiser, ArchcivPr. 127, 1 ff.; Alberti, ArchcivPr. 118, 157 ff.; Hildebrandt; Kuhlenbeck; Brecht a. a. O.

[6] Die Entscheidung ist in der Literatur verschieden beurteilt worden: Dafür: v. Thur, ArchcivPr. 121, 359; Enneccerus, § 154, 3; RGRK. § 276, 3; Stoll, LZ. 23, 533 ff.; dagegen: Levy, JW. 22, 1313; Manigk, IherJ. 75, 189 ff.; Schönwald, S. 41 ff.; Fr. Leonhard, Allg. Schuldrecht 559; Oertmann, ArchcivPr. 121, 122. S. auch v. Tuhr, Allg. Teil II, 1 S. 484 f.

gericht hat hier dem schuldhaft handelnden Teil eine Schadensersatzpflicht auferlegt. Es soll im folgenden untersucht werden, ob diese Weiterbildung des § 122, der den Fall des Irrtums nach § 119, nicht aber den des Dissenses voraussetzt, zu Recht erfolgt ist oder nicht. Ehe untersucht wird, ob bei Dissens eine Grundlage für einen solchen Ersatzanspruch bestehe, erscheint es zweckmäßig, zunächst die ERG. wiederzugeben.

ERG. 104, 265.

Der Entscheidung des Reichsgerichts lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Klägerin hatte im März 1920 der Beklagten ein Preisverzeichnis, unter anderem enthaltend ein freibleibendes Angebot über die von ihr geführten Waren, geschickt. Darin war Weinsteinsäure mit einem Preise von RM. 68,50 aufgeführt. Am 20. März telegrafierte die Beklagte der Klägerin: „Erbitte Limit über 100 Kilogramm Weinsteinsäure Gries bleifrei.“ Die Klägerin antwortete am 22.: „Weinsteinsäure Gries bleifrei Kilogramm 128.— RM. netto Kasse bei hiesiger Uebernahme.“ Darauf telegraphierte die Beklagte: „100 Kilogramm Weinsteinsäure Gries bleifrei geordnet, briefliche Bestätigung unterwegs. —“ Als die schriftliche Bestätigung erfolgte, stellte sich heraus, daß jeder der beiden Teile hatte verkaufen wollen und demgemäß die Gegenseite als Käufer angesehen hatte. Die Klägerin ließ die Ware, da die Beklagte Annahme und Zahlung weigerte, öffentlich versteigern. Den Unterschied zwischen dem nach ihrer Meinung vereinbarten Kaufpreis und dem Versteigerungserlös forderte sie als Schadensersatz.

Das Reichsgericht prüft zunächst die Frage, ob Dissens oder Irrtum vorliege, und kommt zu dem Ergebnis, daß Dissens gegeben sei[7]. Es fragt dann weiter, „ob bei der geschilderten Sachlage nicht Raum für einen Schadensersatzanspruch sei“, und nimmt zunächst Bezug auf Rechtsprechung und Rechtslehre, die den in den §§ 122, 179, 307, 309 BGB. anerkannten Grundsatz bereits auf ähnliche Fälle ausgedehnt hätten. Nachdem das Reichsgericht noch auf die ratio legis eingegangen ist, fährt es fort:

„Dieselben Gründe, Billigkeit und Rücksicht auf die Verkehrssicherheit, rechtfertigen es auch für den vorliegenden Fall eines sogenannten versteckten Dissenses, die gleichen Grundsätze anzuwenden. Denn es entspricht in der Tat der Billigkeit und den Erfordernissen der Verkehrssicherheit, denjenigen, der fahrlässigerweise sich derart ausdrückt, daß er bei der Gegenpartei ein Mißverständnis hervorruft, mit der Haftung auf die daraus entstehenden Schadensfolgen zu belasten. Der vorliegende Fall bietet keine Veranlassung zu einer Erörterung, ob dasselbe zu gelten haben würde, wenn Fahrlässigkeit nicht gegeben ist. Nun ist zwar oben schon dargelegt worden, daß nicht nur der Beklagten, sondern auch der Klägerin ein Versehen vorzuwerfen ist, und es könnte danach die Frage entstehen, ob der Anspruch der Klägerin durch ihr eigenes Verschulden beseitigt wird. Das ist jedoch nicht der Fall. Der Anspruch der Klägerin würde wegfallen (ähnlich wie in

---

[7] Die Ansichten darüber, was im vorliegenden Falle anzunehmen ist, gehen nicht nur zwischen Landgericht und Reichsgericht auseinander. Auch in der Literatur sind die Ansichten geteilt: Für gültigen Vertragsschluß Manigk, JherJ. 75, 191; Levy, JW. 22, 1313; auch Raiser, ArchcivPr. 127, 14.

den Fällen der §§ 122, 179, 307, 309), wenn sie infolge eines eigenen Versehens die gegnerische Erklärung falsch aufgefaßt hätte. So ist die Sachlage aber nicht. Die Klägerin konnte sehr wohl der Meinung sein, daß die Beklagte kaufen wollte. Das Versehen der Klägerin beruht vielmehr darin, daß sie nunmehr ihrerseits sich ebenfalls mißverständlich ausdrückte und dadurch bei der Beklagten gleichfalls einen Irrtum hervorrief. Bei einer solchen Sachlage beseitigt das Versehen des Geschädigten selbst seinen Anspruch nicht, weil dieser ja nicht etwa die wahre Willensmeinung des Gegners nach der Ausdrucksweise des Gesetzes hätte erkennen müssen, sondern es bewirkt nur, daß der entstandene Schaden gemeinschaftlich nach dem Grade des beiderseitigen Verschuldens zu tragen ist, weil beide an der Entstehung des Schadens gleicherweise Schuld haben. Der Schaden, der danach teilweise zu ersetzen ist, besteht nun aber nicht in dem Erfüllungsinteresse. Die Billigkeit gebietet nicht, der Klägerin den Gewinn zuzusprechen, den sie gemacht hätte, wenn ein Vertrag zustande gekommen wäre; vielmehr soll sie nur ganz oder nach Lage dieses Falles teilweise — Ersatz des Schadens erhalten, den sie dadurch erlitten hat, daß sie gutgläubig infolge der mißverständlichen gegnerischen Ausdrucksweise annahm, daß die Beklagte verkaufen wollte. Nur das entspricht auch der gesetzlichen Schadensregelung in den oben angegebenen Fällen der Irrtumsanfechtung usw. Ein solcher negativer Vertragsschaden ist von der Klägerin geltend gemacht worden. . . .“

Die Richtigkeit dieser Entscheidung soll nun untersucht werden. Das ist nur auf der Grundlage von der Lehre der Willenserklärung, von Vertragsschluß, von Dissens und Irrtum möglich.

Der Dissens, seine Abgrenzung zum Irrtum.

Der § 122 BGB. stellt selbst nur auf den Fall des Irrtums ab. Das Reichsgericht wendet ihn analog auch bei Dissens an. Will man die Richtigkeit dieser Analogie prüfen, so erscheint es zweckmäßig, zuvor beide Begriffe gegeneinander abzugrenzen[8]. —

Der versteckte Dissens ist im BGB. nicht behandelt. Sein Begriff ist aus der Rechtsgeschichte zu entwickeln. Ueberhaupt ist die Frage, ob die Willenserklärung auch den auf die als gewollt bezeichnete Rechtsfolge gerichteten Willen (den sogenannten Rechtsfolgewillen) erfordert oder nicht, nicht rein logisch, sondern nur rechtsgeschichtlich zu erfassen[9].

So zeigen die Quellen, daß im gemeinen Recht die sogenannte (allerdings nicht starr durchgeführte) Willenstheorie galt[10]. Hier war Erfordernis des Rechtsgeschäfts der entsprechende Wille, der Konsensus, ja bei abweichendem Willen

[8] Manigk, We. und Wg. 500 ff. insbesondere JherJ. 75, 127 ff.

[9] Vergl. auch Oertmann, § 155, 1; Titze, Mißverständnis, S. 432 ff., Manigk, JherJ. 75, 129.

[10] Vergl. insbesondere Savigny, §§ 134 ff. Windscheid, Wille und Willenserklärung. Zitelmann, JherJ. 16, 357 ff. u. a.

sah man das Rechtsgeschäft als nichtig an[11]. — Dieser zur Zeit der Einführung des BGB. herrschenden Willenstheorie folgt auch der E. 1 (wich allerdings in wesentlichen Punkten von ihr ab[12]). Später sagte dann die Denkschrift[13], der Entwurf habe den Einfluß der Willensmängel auf die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte überhaupt nicht nach einer bestimmten Theorie geregelt, sondern lediglich nach praktischen Gesichtspunkten[14]. —

Nach diesem geschichtlichen Rückblick kommen wir zu der Frage: Welches ist nun die Stellungnahme des BGB., worin besteht das Wesen des Konsenses im Gegensatz zum Dissens. Die Formulierung R. Leonhards: „Konsensus ist rechtserhebliche Beistimmung zur Aeußerung eines anderen[15]", oder „der Konsensus duorum pluriumve in idem ist eine Mehrheit von Beistimmungen zu den Festsetzungen des anderen Teiles[16]", bringen keine praktische Lösung des Problems[17]. Es liegt nahe, hierbei von einem Fall aus der Praxis auszugehen. Ein bezeichnendes Beispiel bietet die ERG. 66, 122[18]. Es handelt sich dort um einen notariellen Kaufvertrag. Streitig ist unter Parteien die Bedeutung des § 4 des Vertrages. Dieser Paragraph enthielt Bestimmungen über die Vermessung des gekauften Baulandes. Der Kläger erblickt darin eine selbständige, für die Berechnung des Straßenlandes im allgemeinen gegebene Vorschrift, der Beklagte dagegen eine besondere Vorschrift für die Berechnung des sich etwa ergebenden Gesamtübermaßes.

Die Parteien streiten darüber, ob ein Vertrag zustande gekommen ist, oder ob Dissens vorliegt. Nach Ansicht des Klägers ist ein Vertrag zustande gekommen, während nach Ansicht des Beklagten ein Vertrag deshalb nicht zustande gekommen ist, weil die Vertragserklärungen inhaltlich nicht übereinstimmten.

Beide Parteien haben den notariellen Kaufvertrag unterschrieben, sie haben dem Wortlaut nach gleiche Erklärungen abgegeben. Es scheint somit zwar ein Vertrag zustande gekommen zu sein. Doch streiten die Parteien über diese Frage.

---

[11] L. 9. pr. D. de her. inst. 28, 5;
L. 2. pr. D. de jud. 5, 1;
L. 15. D. de jurisd. 2, 1;
L. 34 pr. D. de poss. 41, 2;
L. 137 § 1 D. de verb. obl. 45, 1;
L. 9. pr. D. de contr. emt. 18, 1;
L. 32 D. de reb. cred. 12, 1;
L. 3 D. de reb. dub. 34, 5 zweite Satzhälfte und die Entscheidung des RG 28, 18, in der sich das Reichsgericht zur Willenstheorie bekennt.

[12] M. I, 191: „Im allgemeinen ist festgehalten, daß der Erklärende zu seiner Erklärung stehen muß, soweit das Verkehrsinteresse dafür spricht, und das Verhalten des Erklärenden ein solches ist, daß man sagen kann, es geschehe ihm nicht zuviel, wenn er bei dem Wort genommen wird." Vergl. hierzu die Theorie Regelsbergers in Pand. S. 511 ff.

[13] S. 30.

[14] Nach P. I, 94 wollte die II. Kommission jede positive Stellungnahme vermeiden.

[15] S. 63.

[16] S. 81. Vergl. auch S. 134, 166 ff.

[17] Manigk in We. u. Wg. S. 500 Anm. 584.

[18] Vergl. Manigk, JherJ. 75, 159 ff.

Um entscheiden zu können, welche Ansicht zutreffend ist, ist zunächst mit Hilfe der Auslegung[19] der objektive Sinn einer jeden Erklärung zu suchen[20]. Erst, wenn feststeht, daß zwei congruente, d. h. übereinstimmende Erklärungen vorliegen, ist ein Vertrag zustande gekommen[21], während anderenfalls Dissens vorliegt.

Bei der Auslegung gilt auch heute der Grundsatz des römischen Rechts: voluntatem potius quam verba considerari oportet[22]. Er ist über das gemeine Recht in das BGB. gelangt. So normiert der § 133[23]: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften."

Der wirkliche Wille im Sinne dieses Paragraphen ist der innere Wille, der der Erklärung tatsächlich zu Grunde liegt[24]. Dieser kann freilich nur dann positiv wirksam werden, wenn er in der Erklärung zum zureichenden Ausdruck gelangt ist. Aber wesentlich ist er auch ohne dies insbesondere beim Irrtum. Objekt der Auslegung ist die Willens*erklärung*. Ein nur innerer, nicht zum Ausdruck gelangter Wille ist hier unerheblich[25]. Für die Feststellung des Inhalts der Erklärung ist der innere Wille aber dann maßgebend, „wenn der gewollte Inhalt in der Erklärung nur irgendwie erkennbar geworden ist[26]". „Die Auslegung wird also vom zugrundeliegenden Willen aus orientiert[27]." Dies ist auch die Praxis des Reichsgerichts. Um zu entscheiden, ob der wirkliche Wille in der Erklärung zum Ausdruck gekommen ist, muß er notwendig festgestellt werden. Insofern ist er bei jeder Auslegung von Bedeutung.

Zur Auslegung des § 4 jenes Vertrages stellt das Reichsgericht fest:

„Das Berufungsgericht hat, ebenso wie das Landgericht, angenommen, daß die Parteien in betreff der Bedeutung des § 4 Abs. 2 des Vertrages verschiedener Meinung gewesen seien. Während aber das Landgericht die Ansicht ver-

---

[19] Vergl. insbesondere Manigk, Irrtum und Auslegung, Enneccerus I S. 633 und die dort Angeführten.

[20] Manigk, We. und Wg., insbesondere S. 509.

[21] Zu der Frage, ob dieser Vertrag voll wirksam oder wegen Irrtums anfechtbar ist, d. h. ob zum Vertragsschluß außer zwei übereinstimmenden Willenserklärungen auch zwei übereinstimmende Willensinhalte gehören: vergl. Manigk, IherI. 75, 223 ff. We. und Wg. 500 ff., insbesondere S. 514; aber auch Raiser, ArchcivPr. 127, 11 ff.

[22] L. 19 pr. L. 101 pr. D. de cond. 35, 1; L. 219 D. de V. S. 50, 16; L. 7 § 8 D. de pactis 2, 14; L. 6 § 1 D. de contr. emt. 18, 1.

[23] Titzes Ansicht (Mißverständnis S. 85 ff.), daß der § 133 überflüssig und schon in der Norm des § 157 enthalten sei, ist unzutreffend. Der § 157 gibt die Möglichkeit der ergänzenden Auslegung, erhebt also etwas Außerinhaltliches zum Wesentlichen und hat in dieser Hinsicht eine andere Funktion als der § 133. Manigk, Irrtum und Auslegung, S. 202 Anm. 2. Gegen Titze auch Larenz, S. 8.

[24] Manigk, Irrtum und Auslegung S. 199 ff. Enneccerus-Nipp. I S. 634, I, 1. H. Lehmann, Allg. Teil § 30, VI. S. 202 ff., 205, und dortige Literatur.

[25] Manigk, Irrtum und Auslegung S. 197.

[26] Manigk, Irrtum und Auslegung S. 201 u. ö. Enneccerus I S. 635, 2 und Anm. 11.

[27] Manigk, IherI. 75, 167.

trat, daß die Auslegung, die der Kläger dieser Vertragsbestimmung gab, objektiv allein richtig, und daß deshalb ein Vertrag mit dem vom Kläger gewollten Inhalt zustande gekommen sei, den der Beklagte wegen Irrtums hätte anfechten können, den er aber nicht angefochten habe, geht der Berufungsrichter von der Annahme aus, daß die Vertragsbestimmung objektiv, nach ihrem Wortlaut und nach den begleitenden Umständen keineswegs eindeutig, daß sie vielmehr zweideutig sei, und sowohl die von dem Kläger als auch die von dem Beklagten gewollte Auslegung zulasse.... Beide Auslegungen sind gleichberechtigt und dem anderen Teil auch erkennbar gewesen. Unter diesen Umständen sei eine Willenseinigung in diesen Punkten nicht zustande gekommen.... Diese Ausführungen lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen und werden von der Revision vergeblich angefochten. Der Revisionskläger will zwar eine Verletzung der §§ 119, 154, 155, 157 BGB. und der vom Reichsgericht in ERG. 58, 233 aufgestellten Rechtsgrundsätze daraus herleiten, daß der Berufungsrichter die Willenseinigung verneint habe, obwohl beide Parteien dieselbe Erklärung abgegeben hätten. Nach Ansicht des Revisionsklägers kann die Erklärung in einem solchen Falle nur einen Sinn haben, der nach objektiven Merkmalen ermittelt werden müsse. Dem war indessen nicht beizustimmen. Wenn zwei Parteien dasselbe erklären, so kann die Erklärung sehr wohl einen ganz verschiedenen Sinn haben, und es kann daher der formelle Gleichlaut der Erklärungen nicht allein maßgebend sein."

Wie das Reichsgericht feststellt, ist also jede dortige Erklärung objektiv mehrdeutig. Dies würde nach der Ansicht Titzes[28] ihre Nichtigkeit bedeuten; sie habe keinen „wahren", keinen „wirklichen" Inhalt, sie könne weder richtig noch falsch beurteilt werden, „der Geschäftswille des Erklärenden habe keinen den Verkehrsbedürfnissen entsprechenden Ausdruck gefunden."

Diese Ansicht Titzes ist jedoch, wie Manigk[29] zeigt, nicht haltbar. Jede Erklärung dient dazu, dem Gegner den Rechtsfolgewillen kundzutun. Sie ist oft unvollkommen, ohne daß dem Erklärenden ein Vorwurf gemacht werden kann. Im täglichen Leben bleiben immer Mißverständnisse möglich. Obgleich aber die Erklärung objektiv mehrdeutig und mißverständlich ist, wird der Erklärende doch von seinem Gegner oft richtig verstanden. Hier annehmen zu wollen, „der Geschäftswille des Erklärenden habe keinen den Verkehrsbedürfnissen entsprechenden Ausdruck gefunden", ein Vertrag sei nicht zustande gekommen, würde gegen Treu und Glauben verstoßen und zudem höchst unpraktisch sein. Es hieße, alle Erfordernisse des Rechtslebens verkennen, wäre ein Offerent niemals an eine objektiv zwar mehrdeutige Offerte gebunden. Hier bewährt sich die grundsätzliche Auffassung der Willenserklärung als eine der Mitteilung an einen bestimmten Gegner dienenden Kundgebung, die ihren rechtlichen Wert nicht aus absoluten und allgemeinen, sondern relativen und besonderen Maßstäben des Falles erhält. Diese ergeben sich aus dem zwischen den Parteien angeknüpften Verhandlungsverhältnis[30]. Die Bedeutung jeder Willenserklärung wurzelt in der Beziehung des Er-

[28] Mißverständnis S. 82, 186 ff., 354 ff., 391 ff., Nahestehend Enneccerus.

[29] IherJ. 75, 176. Vergl. Mirth, S. 12 u. ff.; Larenz, S. 8.

[30] Dazu neuestens Manigk, IherJ. 83, 36 u. ff., insbesondere S. 38, Anm. 2

klärenden zum Gegner. Bei der Feststellung des Inhaltes einer Willenserklärung ist daher in erster Linie der wirkliche Wille des Erklärenden und das wirkliche Verstehen durch den Gegner entscheidend. Erst wenn Wille und Verstehen voneinander abweichen, wird auf die objektiven Werte als die den Parteien zuzurechnenden zurückgegangen.

Es kommt bei einer mehrdeutigen Erklärung zunächst darauf an, was die handelnde Partei erklären wollte. Der Wille des Erklärenden ist nach herrschender Lehre und Praxis maßgebend, wenn er in der Erklärung auch nur unvollkommenen Ausdruck gefunden hat. In diesem Sinne wird die Erklärung auch dann wirksam, wenn sie nur der Gegner in demselben Sinne versteht. Daher kann auch eine mehrdeutige oder unklare Offerte wirksam angenommen werden. Zahllose Verträge kommen so täglich zustande.

Mißversteht nun, wie in unserem Falle, ein jeder die objektiv mehrdeutige Erklärung des anderen, so kommt ein Vertrag nicht zustande. Jede Erklärung konnte nur in dem Sinne wirksam werden, den auch der Erklärende damit verband. Da aber jede Partei — wofür sie bei der vorliegenden Mißverständlichkeit kein Verschulden trifft — der Erklärung des Gegners einen anderen Sinn beilegte als dieser damit verband, so lagen zwei voneinander abweichende Erklärungsinhalte vor. Ein Vertrag kam also wegen Dissenses nicht zustande.

Im vorliegenden Falle wäre nur dann ein Vertrag zustande gekommen, wenn die Ansicht des Landgerichts zutreffend wäre. Wie das Landgericht meint, sei der § 4 des Vertrages nicht mehrdeutig. Er sei vielmehr, wie die Auslegung ergebe, nur in dem Sinne des Klägers zu verstehen. Die Auslegung, die der Kläger dem Paragraphen gebe, sei die allein richtige. Der Wille des Beklagten habe daher in der Erklärung keinen Ausdruck gefunden.

Angenommen, die Ansicht des Landgerichts treffe zu, so würden zwei sich inhaltlich deckende Willenserklärungen vorliegen. Es wäre ein Vertrag mit dem vom Kläger behaupteten Inhalte zustande gekommen. Trotzdem auf Seiten des Beklagten der Wille von seiner Erklärung abweicht, würde dieser doch seine Erklärung gegen sich gelten lassen müssen, da sein wirklicher Wille in der Erklärung gar keinen Ausdruck gefunden hätte. Er wäre auf ein Anfechtungsrecht beschränkt.

Die Tatbestände des Irrtums und des Dissenses sind somit durchaus verschieden. Voraussetzung des Dissenses ist zunächst, daß beide Vertragserklärungen objektiv mehrdeutig sind. Eine jede Partei erklärt ihren Willen insofern fehlerfrei, als die Erklärung auch den Willen erkennbar macht[31]. Auch die mehrdeutige Erklärung ist eine Erklärung des Willens, weil sie diesen erkennbar macht. Die mehrdeutige Erklärung kann aber immer nur in dem Sinne wirksam werden, den der Erklärende damit verbindet. Versteht der Gegner die Erklärung in dem gleichen Sinn wie der Erklärende, so kommt ein voll wirksamer Vertrag zustande. Im anderen Fall liegt Dissens vor, denn „der Erklärende braucht seine

[31] Allerdings ist auch die Dissenserklärung insofern fehlerhaft, als ihr ein Irrtum zu Grunde liegt. (Manigk, IherJ. 75, 165 ff.) Der Erklärende irrt nämlich über die Mehrdeutigkeit seiner Erklärung, doch ist dies kein Irrtum im Sinne des § 119, da der Erklärende seinen Willen in der Erklärung zum erkennbaren Ausdruck gebracht hat.

Erklärung nicht im Sinne des Gegners gelten zu lassen, weil sie eine irrtumsfreie Erklärung seines eigenen (abweichenden) Willens ist[32]". Es gehört mithin „zum Dissens außer der Doppeldeutigkeit der Vertragserklärungen die Meinungsverschiedenheit der Parteien[33]".

Anders beim Irrtum. Hier irrt die Partei nur über den Inhalt ihrer eigenen Erklärung. Der abweichende Wille hat jedoch in der Erklärung keinen Ausdruck gefunden. Der Erklärende muß mithin die Erklärung so gegen sich gelten lassen, wie sie der Gegner verstehen durfte und mußte. Es liegt auch hier, wie beim Dissens, zwar Meinungsverschiedenheiten der Parteien vor, doch sind im Gegensatz zum Dissens die Vertragserklärungen nicht mehrdeutig. Sie sind vielmehr nur in einem bestimmten Sinne zu verstehen. In diesem Sinne muß sie der irrtümlich Erklärende gegen sich gelten lassen. In diesem Sinne ist auch ein — nunmehr anfechtbarer — Vertrag zustande gekommen.

Zum Begriff der Willenserklärung.

Voraussetzung des Dissenses ist das Vorliegen mehrerer Willenserklärungen. Zum Begriff der Willenserklärung[34] gehört zunächst ein bestimmter, auf einen Rechtserfolg gerichteter Wille[35], der sogenannte Rechtsfolgewille, dann aber auch die Erklärung dieses Willens. Nur wenn beide Voraussetzungen erfüllt sind, liegt eine vollwirksame Willenserklärung vor.

Diesen Dualismus von Wille und Erklärung will Larenz[36] beseitigen. Er kommt zu dem Ergebnis: „Der Dualismus wird durch die Auffassung der Willenserklärung als Geltungserklärung überwunden. Denn es wird durch das Wollen als in sich abgeschlossener Vorgang, der „Geschäftswille" als das geheimnisvolle „juristische Ding an sich" endgültig beseitigt und statt dessen die Willenserklärung in ihrer Einheit von subjektivem und objektivem Sinn, als Willenshandlung und Sinnäußerung betrachtet, die nicht eine Mitteilung über ein Wollen darstellt, sondern einen Rechtserfolg als einen solchen zum Ausdruck bringt, der gelten soll."

Dem ist entgegenzuhalten, daß „die Willenserklärung nicht nur eine Geltungserklärung oder ein autonomer Rechtsbegründungsakt ist; sie ist vielmehr auch Mitteilung für andere und Aussage des Erklärenden über den Inhalt seines Rechtsfolgewillens[37]". Der Dualismus zwischen Wille und Erklärung kann und darf nicht überwunden werden, weil er in jedem Tatbestand einer Willenserklärung in die Erscheinung treten kann[38]. Larenz gelangt mit jener Ansicht zu einer — im geltenden Recht nicht begründeten — Erklärungstheorie. Es ist nicht angängig,

[32] Manigk, JherJ. 75, 142.
[33] Manigk, JherJ. 75, 158. Wirth, S. 12.
[34] zum folgenden die Ausführungen Manigks in „Irrtum und Auslegung".
[35] Enneccerus I S. 438 Anm. 3 und die dort Zitierten.
[36] S. 69.
[37] Manigk, JW. 30, 2196, vergl. auch oben S. 14.
[38] Manigk JW. 30, 2196.

das Wollen aus dem Begriff der Willenserklärung zu beseitigen. Allein schon, „wenn man sieht, daß der Erklärende wegen seines nicht erklärten, wirklichen Willens die Erklärung vernichten kann (§§ 116 ff.), das Willensprinzip hier daher Rechte einräumt, wenn die Zurechnung hier sogar von dem nicht erkennbaren wirklichen Willen — in verschiedenen Abstufungen und Graden – bestimmt wird, so geböte schon die Logik, zu der Forderung überzugehen, daß in dem Normalfalle der Kongruenz von Wille und Erklärung der Wille ebenso erhebliches Moment der Zurechnung sein muß[39]". Gerade, weil Larenz den Willen aus dem Tatbestand der Erklärung beseitigen will, kann er auch nicht zu der richtigen Erfassung der Auslegung der Willenserklärung kommen. Wenn auch bei der Auslegung die Erklärung der Gegenstand ist, so muß doch der wirkliche Wille nach § 133 gleichfalls berücksichtigt werden[40]. Bei der Auslegung ist immer die erste Frage: Was ist gewollt? Die zweite: Ist der Wille auch in der Erklärung zum Ausdruck gelangt? Nur wenn dies der Fall ist, ist der Wille wirksam erklärt. Wenn also bei der Auslegung auch die Erklärung im Vordergrund steht, so ist sie doch vom zu Grunde liegenden Willen aus orientiert[41]. Nur dann, wenn sowohl der Rechtsfolgewille als auch die Erklärung dieses Willens vorliegen, ist daher eine vollwirksame Willenserklärung gegeben[42].

Nicht aber ist der Begriff in dem Mindesttatbestand zu erblicken, an den das Gesetz die Wirkung einer Willenserklärung knüpft. Dann würden z. B. die rein legalen Wirkungen der §§ 108,II,2; 177,II,2; 416,I,2; 516,II,2; 496,2 auch auf dem Tatbestand einer Willenserklärung beruhen, was indessen daran scheitert, daß die §§ 116 ff. auf ihn nicht anwendbar sind, daß die dortigen Tatbestände auch überhaupt nicht ausgelegt werden dürfen, weil ihr Sinn legal normiert ist. Der legale Begriff der Willenserklärung beruht vielmehr auf den §§ 116 ff., 130, 133 BGB.[43]: Er ist in diesen Vorschriften gegeben[44].

Das Gesetz knüpft bisweilen auch an solche Tatbestände, die die begrifflichen Voraussetzungen einer Willenserklärung nicht erfüllen, stärkere oder schwächere Wirkungen einer solchen. Es ist hier eine gewohnheitsrechtliche Entwicklung zu beobachten[45]. Ein Beispiel: Einem Kaufmann geht nach telefonischem Geschäftsabschluß ein Bestätigungsschreiben zu. In einem Stillschweigen darf der Gegner im Geschäftsverkehr eine Genehmigung dieses Schreibens erblicken; dies auch dann, wenn der Empfänger den Geschäftsgebrauch gar nicht kannte, also bei seinem Verhalten von einem Erklärungsbewußtsein keine Rede sein kann.

Diese Entwicklung vollzog sich ohne Rücksicht darauf, ob der Erklärende mit Rechtsfolgewillen gehandelt hatte oder nicht. Das Vorliegen eines (vom Stand-

[39] Manigk, JW. 30, 2196.

[40] So auch Enneccerus-Nipperdey, § 192 I (S. 634).

[41] Manigk, JherJ. 75, 167 und 83, 58 ff.; ferner „Irrtum und Auslegung" 197 ff. Vergl. zu Larenz auch die erst kürzlich erschienene eingehende Abhandlung Manigks im Arch. f. Rechts- und Wirtschafts-Philosophie Bd. 26, 359 ff.

[42] Vergl. Manigk, JherJ. 83, 78 insbesondere 86 ff.

[43] Manigk, JherJ. 83, 79 ff.

[44] Manigk, JherJ. 83, 95 ff.

[45] Vergl. Manigk, JherJ. 83, 86 ff.

punkt des Begriffes der Willenserklärung aus beobachtet: mangelhaften) Tatbestandes, der objektiv Willenserklärung sein kann, genügt der Verkehrsauffassung. Sie rechnet ihn dem „Erklärenden" zu.

Doch nicht allein schon jeder äußere Schein des Vorliegens einer Willenserklärung rechtfertigt das Einstehenmüssen des Erklärenden hierfür[46]. Es ist eine Frage von Treu und Glauben, inwieweit der Vertrauensschutz des Dritten hier berechtigt ist[47].

Ein Beispiel[48]: A. verabredet mit B., daß er die Annahme einer Offerte innerhalb 8 Tagen durch Hissen einer roten, die Ablehnung durch das einer blauen Fahne kundgeben werde. A. verwechselt dies. Er will die Offerte ablehnen, hißt aber trotzdem die rote Fahne. Seine Handlung ist unstreitig Willenserklärung. Doch ruft er fahrlässig andere Wirkungen hervor, als die gewollten. A. kann die Erklärung nur durch Anfechtung vernichten. Bis dahin bleibt der Vertrag bestehen.

Sollte nicht auch in dem Falle ein — allerdings vernichtbarer — Vertrag zustande kommen, wenn A. die ganze Verabredung vergißt und, um sein Haus zu schmücken, eine rote Fahne hißt? Sollte nicht auch in diesem Falle der Vertrauensschutz des B. auf die Erklärung des A. gerechtfertigt sein? Es zeigt sich, daß für die in solchen Fällen im Verkehrsinteresse gebotenen Zurechnung das Erklärungsbewußtsein des Handelnden durchaus unerheblich ist. So wesentlich es dem legalen Begriff der Weg ist, so unwesentlich ist es für die Zurechnung und Wertung eines Verhaltens nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte. Das ist der Kern der neuen Lehre.

Ein solcher Vertrauensschutz kann aber nur dann als gerechtfertigt angesehen werden, wenn der Erklärende dafür verantwortlich zu machen ist, dieses Vertrauen schuldhaft hervorgerufen zu haben. Sein Verhalten muß kausal gewesen sein für das bewirkte Vertrauen des Gegners, und es muß ferner in dem Verhalten ein Verstoß gegen die dem Verhandelnden obliegenden verkehrsgemäßen Sorgfaltspflichten vorliegen. Nur aus diesen Gründen wird die Erklärung dem Erklärenden zurechenbar. Die mit dem Verschulden verknüpfte Zurechnung allein wird den Anforderungen von Treu und Glauben gerecht. Das Veranlassungsprinzip würde hier zu unbilligen Entscheidungen führen[49].

Unstreitig tritt die Bindung des Erklärenden an seine Erklärung ein, wenn er vorsätzlich, also wissend und wollend[50] das Vertrauen des Gegners beeinflußt. Hierin wurzelt der legale Begriff der Willenserklärung. Doch auch im Falle der

[46] Zum folgenden: Manigk, Irrtum und Auslegung 109 ff., 242 ff., 260; IherJ. 83 S. 55 ff., 86 ff.

[47] Aehnlich auch Enneccerus I S. 442 Anm. 10: „Letzten Endes kann die Frage, welche dieser Theorien (über den Begriff der Willenserklärung) die richtige ist, nur aus einer Abwägung der Interessen des Aeußernden und des anderen entschieden werden."

[48] Manigk, Irrtum und Auslegung S. 211.

[49] Manigk, Irrtum und Auslegung 111 ff., 250 ff., 260. Larenz, a. a. O. 70 ff., 83 f.

[50] Oder auch nur billigend (Dolus eventualis).

Fahrlässigkeit, d. h. wenn der Erklärende unter Außerachtlassung der im Verkehr beim Verhandeln mit anderen erforderlichen Sorgfalt nicht erkannte, welche Vorstellung die Handlung bei dem Gegner erwecken mußte, ist das Vertrauen des Gegners gerechtfertigt und schutzbedürftig. Sobald der Erklärende in den Vorstellungskreis eines Dritten verhandelnd eingreift, ist er verpflichtet, die verkehrsmäßige Sorgfalt zu üben. Er hat sein Verhalten so einzurichten, daß ein Dritter auf seinen ihm zugänglichen Sinn vertrauen kann. In dieser allgemeinen Rechtspflicht ist das Einstehenmüssen für die Erklärung begründet[51]. In ihr wurzelt das, was bisher „Inhalt der Erklärung" genannt wurde.

Hat z. B. ein Büroangestellter eine Offerte, die ich in meine Schublade gelegt hatte, herausgenommen und abgesandt, trotzdem ich sie noch überprüfen wollte, so ist mein Verhalten für die dem Empfänger zugegangene Schein-Willenserklärung weder adaequat causal, noch liegt Verschulden vor. Eine Grundlage für den Vertrauensschutz meines Gegners ist in meinem Verhalten nicht gegeben. Eine Bindung an die Erklärung ist daher nicht eingetreten. Die Erklärung wird mir nicht zugerechnet. Hätte ich dagegen die Offerte, obwohl ich sie noch nicht absenden wollte, auf den Platz gelegt, von dem gewöhnlich die ausgehende Post abgeholt wird, und wird diese Offerte nun durch den Angestellten abgesandt, so habe ich durch mein schuldhaftes Verhalten in Verbindung mit dem auch für die Abgabe von Erklärungen anwendbaren Gesichtspunkt des § 278 das Vertrauen des Gegners hervorgerufen. Ich hätte bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt diesen Erfolg erkennen können und müssen. Der Gegner darf mithin die Erklärung als meine Willenserklärung behandeln[52].

Es gehört also dazu, daß der Gegner das Vorliegen einer Willenserklärung annehmen darf, und sein Vertrauen in diese gerechtfertigt ist, ein schuldhaftes Verhalten[53] des Erklärenden, durch das derart in den Vorstellungskreis eines anderen eingegriffen wird, daß dieser verkehrsmäßig auf das Vorliegen einer Willenserklärung vertrauen darf[54].

Das Verschulden bezieht sich jedoch nicht nur auf die Erklärungshandlung — insbesondere deren Existentwerden und Ausdrucksform — z. B. das Hissen der roten Fahne[55]. Es ist vielmehr erforderlich, daß sich das Verschulden auch darauf bezieht, daß das Verhalten in den rechtsgeschäftlichen Vorstellungskreis des Gegners eingreift, genauer gesagt: ihm zugeht.

---

[51] Manigk, IherJ. 83 S. 93, 65. Nach seiner Ansicht bildet diese Rechtspflicht nicht nur den Rechtsgrund für Culpa in contrahendo, sondern auch für die diese Haftung bedingende Haftung für Erklärungssinn und Inhalt.

[52] Manigk, Irrtum und Auslegung 111 ff., 250 ff.

[53] Sei es vorsätzlich, d. h. der Erklärende weiß und will in dem Gegner die Vorstellung eines bestimmten Rechtsfolgewillens hervorrufen und in seinen rechtsgeschäftlichen Vorstellungskreis eingreifen, oder aber fahrlässig, d. h. der Erklärende hat dies zwar nicht erkannt, hätte es aber bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen müssen.

[54] Manigk, Irrtum und Auslegung S. 252.

[55] So versteht Larenz (S. 30) die Ansicht Manigks. Vergl. jedoch Manigk, JW. 30, 2197. Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie B. 26 S. 373.

Nur wenn das Verschulden diese Punkte — nämlich die Erklärungshandlung (Existentwerden und Ausdrucksform) **und** den Zugang, als den Sinn der Handlung als Kundgebung umfaßt, ist das Vertrauen des Gegners gerechtfertigt[56]. Das Verschulden allein auf die Erklärungshandlung beschränken zu wollen, entspräche nicht den Anforderungen von Treu und Glauben, durch die das Verhandlungsverhältnis beherrscht wird.

Ein solches Verhalten aber darf der Gegner als Willenserklärung ansehen. Der Erklärende ist an die Erklärung dann gebunden. Er ist, wenn er Verhalten und Zugang nicht gewollt haben sollte, also über den verkehrsmäßigen Sinn seines Verhaltens im Irrtum war, auf ein Anfechtungsrecht beschränkt. Der § 119 BGB. umfaßt zwei Fälle. So zunächst den Fall, daß der Erklärende über den Inhalt seiner Erklärung irrt in dem Sinne, daß er darüber irrt, **was** er erklärt hat. Er muß diese Erklärung, so wie der Gegner sie nach Treu und Glauben verstehen durfte, gegen sich gelten lassen. Er wird zunächst — zum Schutze der Interessen des Gegners — an dieser Erklärung festgehalten. Seinen abweichenden Willen, der in der Erklärung keinen Ausdruck fand, kann er nur durch Anfechtung zur Geltung bringen.

Der § 119 erfaßt aber auch noch einen zweiten Fall, wenn nämlich der Erklärende sich darüber irrt, **daß** seine Erklärung überhaupt als Erklärung seines Willens aufzufassen war. In diesem Falle sind die gegnerischen Interessen ebenso schutzbedürftig wie im vorher besprochenen. Beide Male geht dem Gegner ein Erklärungsinhalt zu, auf den er im gleichen Maße vertraut und vertrauen darf. — Der erste Fall wird unstreitig vom § 119 erfaßt (wenn der Erklärende darüber irrt, was er erklärt hat). Aber auch den zweiten Fall erfaßt der § 119. — Wenn der Erklärende darüber irrt, **daß** seine Handlung als Erklärung seines Willens aufzufassen sei, so irrt er gleichzeitig darüber, daß diese Handlung dem Gegner einen bestimmten Inhalt übermittelt. Auch in diesem Falle irrt er mithin über den Inhalt seiner Erklärung im Sinne des § 119. Es ist gleichgültig, ob sich der Irrtum darauf bezieht, was erklärt werden sollte, d. h. ob der Erklärende über den Gegenstand seiner Erklärung irrte, oder darauf, daß seine Erklärung überhaupt als Erklärung seines Willens aufzufassen war. Beide Fälle erfaßt der § 119. Auch im letzten Falle ist der Erklärende zunächst an seine Erklärung gebunden. Nur durch Anfechtung kann er ihre Wirkungen beseitigen[57].

[56] Larenz, S. 31, Manigk, JW. 30, 2197.

[57] Manigk, Irrtum und Auslegung 109, 242 ff. JherJ. 83, S. 85, 92; Larenz, 83 ff.

Anders Nipperdey[58]: Er will den § 119 nur dann anwenden, wenn der Er-
irende mit Erklärungsbewußtsein gehandelt hat[59]. Nipperdey verwickelt sich in-
s in Widersprüche, die seine Lehre unhaltbar erscheinen lassen. S. 438
ll Nipperdey den inneren Willen deshalb nicht in die Begriffsbestimmung
s Rechtsgeschäftes aufnehmen, weil dies die Verkehrssicherheit erfordere.
rotzdem aber nimmt er S. 442 das Bewußtsein, daß aus der Er-
ärung auf einen Geschäftswillen geschlossen werden kann, in den Begriff der
Villenserklärung auf. — Während er S. 438 aus Gründen der Verkehrssicher-
eit eine Willenserklärung auch dann wirksam sein lassen will, wenn ihr kein
Wille zu Grunde liegt, so will er doch einer solchen Erklärung, die unter gröbster
erletzung aller Verkehrspflichten dem Gegner zugegangen ist, jede Wirkung
bsprechen.

Die von Nipperdey vertretene Ansicht, daß eine Erklärung wegen Fehlens
es Erklärungsbewußtseins nichtig sei, und keine Wirkungen äußere, selbst wenn
e dem Gegner unter gröbster Verletzung aller Verkehrspflichten zugegangen ist,
ntspricht nicht den Erfordernissen von Treu und Glauben. Sie wägt nicht die
nteressen des Aeußernden und des anderen in billiger Weise gegeneinander
b[61]. Auch liegt in der hier vertretenen Auffassung keine Ueberspannung der
Rechtsscheinsidee, wie Nipperdey behauptet[62], sie stellt vielmehr geltendes Recht
ar, das von der Rechtsprechung stetig geübt worden ist[63].

Der § 119 ist mithin auch anwendbar, wenn die Wirkungen einer Willens-
rklärung fahrlässig hervorgerufen sind. Durch das Hissen der roten Fahne, um
amit das Haus zu schmücken, ist gemäß Vereinbarung ein — allerdings anfecht-
arer — Vertrag zustande gekommen. Das schuldhafte Verhalten des A. — denn
. hätte bei Anwendung der verkehrsüblichen Sorgfalt den Erfolg seiner Hand-
ung erkennen müssen — rechtfertigt das Vertrauen des B. Nur durch Anfech-
ung, mit der Wirkung eines Schadensersatzanspruches aus § 122, kann A. den
Vertrag beseitigen. Die auch sonst im Schrifttum[64] noch vertretene Forderung des
rklärungsbewußtseins als Voraussetzung für die Wirksamkeit des Erklärungsver-
altens gerät nicht nur zu der Rechtspraxis und zu den Verkehrsrücksichten in
Widerspruch; sie widerspricht auch bei den Schriftstellern, die sie vertreten, dem
urchaus erklärungstheoretisch aufgestellten Begriff der Willenserklärung. Es ist
nhaltbar, diesen zunächst rein objektivistisch auf das rein äußere Verhalten zu
egrenzen und andererseits die Wirksamkeit dieses Verhaltens grundsätzlich und
hne jede Rücksicht auf Erkennbarkeit und Vertrauenswirkung durch das subjek-
ive Erklärungsbewußtsein des Handelnden zu bedingen.

---

[58] Ebenso Fr. Leonhard, Allg. Schuldrecht S. 629. Siegel ArchcivPr. 111, 15;
Oertmann, Allg. Teil S. 332 (gegen ihn vergl. Manigk, JherJ. 83, 105 ff.).

[59] S. 521, 442.

[61] Vergl. Nipperdey, S. 442 Anm. 10.

[62] S. 442 Anm. 10 am Ende, vergl. Manigk, JherJ. 83, 101.

[63] Vergl. etwa RG. 54, 182; 58, 68 ff.; 62, 205; 86, 88; 88, 428; 95, 124;
02, 88; 103, 405; 106, 202; 126, 351; JW. 08, 324; Seuff A. 85, 294 mit weiteren
Entscheidungen.

[64] Vergl. z. B. oben Anm. 58.

Schadensersatz bei Dissens.

Oben wurde festgestellt, daß die Haftung aus einer jeden Willenserklärun ein Verschulden des Erklärenden erfordert. Als Schuldform bei Dissens kann nu Fahrlässigkeit in Frage kommen. Würde der Erklärende, vorsätzlich gehandelt, da Mißverständnis also vorsätzlich herbeigeführt haben, so kann er sich nicht auf Di sens berufen. Beim Dissens benutzt der Erklärende die Erklärung, um seinen Wi len kundzutun. Da er seinen Willen erkennbar erklärt hat, braucht er die Erkl rung nicht im Sinne des Gegners gegen sich gelten zu lassen. Der Vertrag vielmehr nichtig, weil einerseits zwar jede Partei ihren Willen erklärt hat, ande rerseits aber sowohl der Wille wie die Erklärung keiner Partei sich mit dem anderen deckt.

Anders, wenn der Erklärende die Erklärung benutzt, um absichtlich zwei ve schiedene Willensinhalte zugleich zum Ausdruck zu bringen; den einen im Sin des Gegners, den anderen, um im Falle des Abschlusses des Vertrages eine v teilhafte Bedingung abweichend vom Willen des Gegners zu gewinnen. Der Ve trag ist gemäß dem obigen in dem Sinne wirksam, den der Gegner aus der E klärung herausgelesen hat und nach Treu und Glauben auch herauslesen durft Hier ist die Erklärung nicht nichtig. Eine Rücksichtnahme auf den wirklichen Wi len des Erklärenden ist wegen der arglistig herbeigeführten Doppeldeutigkeit d Erklärung nicht angebracht[65]. Die Gültigkeit der Erklärung ergibt sich aber au aus § 116.

Bei Prüfung der Frage, ob Fahrlässigkeit in dem Verhalten des Erklärende gegeben ist, wird ein objektiver Maßstab angelegt, im Sinne der gesetzliche Voraussetzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Es wird also eine solche Sorgfalt gefordert, wie sie in derartigen Verhältnissen und in den in Betracht kommenden Personenklassen und Kreisen von gewissenhaften Menschen für genü gend gehalten wird.

Das war schon der Standpunkt des römischen Rechts, das die imperitia zu culpa rechnete[66]. Für das geltende Recht ist diese Auffassung allerdings bestritten Nach Fr. Leonhard[67] und Enneccerus[68] soll nur für die Frage der „Sorgfalt" ein abstrakter Maßstab anzulegen sein, nicht aber hinsichtlich aller anderen, nicht vom Willen abhängigen, geistigen und körperlichen Eigenschaften. Hinsichtlich dieser Momente entscheide nur die Individualität der betreffenden Person. Auch das BGB. stehe auf diesem Standpunkt. Es fordere nur die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, also Willensanspannung, nicht aber die im Verkehr erforderliche Einsicht, Kenntnis, Kraft. —

---

[65] Manigk, JherJ. 75, 204 ff.

[66] So D. 9, 2, 8 § 1: Mulionem quoque, si per imperitiam mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, vulgo dicitur culpae nomine teneri. . . .

[67] Festgabe für Enneccerus.

[68] § 197, I, 3a.

Gegen diese Auffassung sprechen schon die Motive[69]: Es werde die Umsicht eines ordentlichen Hausvaters verlangt. Die Protokolle[70] sprechen davon, daß der Gegner darauf vertrauen dürfe, daß der Handelnde bei der Erfüllung seiner Obliegenheiten mit der im Leben üblichen Sorgfalt eines ordentlichen Mannes zu Werke gehe, ja sogar[71] davon, daß eine über das Verschulden hinausgehende Garantiepflicht auferlegt werde. Gegen die Ansicht Leonhards und Enneccerus wendet sich auch Oertmann[72]. Er zeigt, daß sich Leonhards Auffassung nicht durchführen läßt. Wäre nämlich eine individuelle Beurteilung geboten, so wären die §§ 827, 828 BGB. überflüssig. Sie sollen offenbar nur eine Ausnahme von der objektiven Beurteilung bei Minderjährigen und Taubstummen herbeiführen[73]. Auch wird die Fahrlässigkeit im § 254 BGB. — was auch Leonhard zugibt — nicht im Sinne individueller Fähigkeiten bewertet. Warum aber soll es in den anderen Fällen anders sein[74]?

Trotz dieser objektivistischen Auffassung führt die herrschende Lehre jedoch nicht etwa zu unbrauchbaren Ergebnissen. Ausgleichend wirkt die Verkehrsauffassung, die sich den konkreten Verhältnissen durchaus anpaßt. Sie verlangt nicht von jedem Gleiches. Sie unterscheidet vielmehr nach Gruppen. Innerhalb jeder Gruppe aber werden an jedes Mitglied gleiche Anforderungen gestellt. — Wenn also die herrschende Lehre[75] einen objektiven Maßstab anlegt, so ist dies berechtigt, „wir haben es im bürgerlichen Recht eben nicht (wie im Strafrecht) mit Willenszucht, sondern mit gesellschaftlichem Güterschutz zu tun, und dabei ist ein größeres Maß von objektivierender Beurteilung statthaft, ja unerläßlich, als es im Strafrecht angebracht sein würde[76]".

Voraussetzung des Dissenses ist — neben dem tatsächlichen Mißverständnis der Parteien — die Mehrdeutigkeit der Erklärungen. Da ein objektiver Verschuldensmaßstab entscheidend ist, so handelt schuldhaft, wer beim Dissens nicht die erkennbare Mehrdeutigkeit der eigenen und der fremden Erklärung bemerkt[77]. Und zwar handelt die Partei in jedem Falle schuldhaft, wenn sie bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkannt hätte, daß die eigene und auch die Erklärung des Gegners mehrdeutig war. Sie hätte — wie jeder die Erklärung Auslegende — feststellen können, daß eine eindeutige Auslegung der Erklärung un-

[69] 1, 279.
[70] 1, 187.
[71] 2, 587.
[72] LZ. 1924, 241 ff.
[73] Oertmann, § 276, 1 b, α, ββ, LZ. 1924, 244 ff.
[74] Oertmann, § 276, 1 b, α, ββ, LZ. 1924, 246 ff.
[75] Vergl. z. B. Staudinger, Vorbem. zu den §§ 275—282 B I, 2, b, γ. § 276 II, 2, a, α; RGRK. § 276, 4, c; Oertmann, § 276, 1, b, α, ββ, mit reicher Literaturangabe, ERG. 68, 423; Gruchot 48, 788; 50, 931; 55, 991; JW. 09, 190; 12, 856 ff.; a. A. neben Leonhard und Enneccerus auch Planck, § 276, 2, b, β, bb; und die dort Angeführten.
[76] Oertmann im LZ. 1924, 243.
[77] Zum folgenden: Manigk, IherJ. 75, 196 ff.

möglich war[78], und sie hätte auf Klarstellung des wirklich gemeinten Sinnes der Erklärung des Gegners sofort hinwirken müssen.

Hier liegt auch der Kern der abweichenden Ansicht Raisers[79]. Die Auslegung werte, werfe aber nicht vor. Sie habe normativen, aber abstrakt-normativen Charakter. Wenn sie sage, daß der Adressat die Erklärung nicht eindeutig verstehen konnte, also mißverstehen durfte, so heiße das nicht, daß er die Mehrdeutigkeit „kennen mußte" oder daß die Abgabe einer mehrdeutigen Erklärung vorwerfbar sei. Die Frage des beiderseitigen Verschuldens stehe also noch offen und es liege auf der Hand, daß das Verschulden keineswegs auf beiden Seiten gleich groß sein müsse.

Diese Ansicht ist nicht haltbar. Der Satz: Die Auslegung werte, werfe aber nicht vor, ist mißverständlich, sofern die Auslegung ihr Ergebnis dem Erklärenden sehr wohl entgegenhält, falls er nämlich etwas anderes meinte. Auf der Vorwerfbarkeit des durch Auslegung zu bestimmenden Erklärungswertes beruht überhaupt, was Raiser übersieht, die Erklärungshaftung und die die Wirkung der Willenserklärung bedingende Zurechnung ihres Sinnes. Liegt eine Willenserklärung vor, so bemächtigt sich ihrer die Auslegung. Sie legt fest, welchen Sinn die Erklärung hat. Ist dieser Sinn gefunden, so steht damit zugleich fest, daß, wie der Gegner, auch der Erklärende die Möglichkeit hatte, die Erklärung in dem durch die Auslegung festgestellten Sinne zu verstehen, denn die Auslegung darf nur die Tatsachen des Erklärungsverhaltens berücksichtigen, die der Erklärende dem Gegner mitgeteilt, d. h. zugänglich gemacht hat, sowie die jene Erklärung begleitenden Umstände, die den Parteien als sinnbestimmend zugänglich waren[80].

Wie oben dargestellt, legt das BGB. an das Verschulden objektive, nicht individuelle Maßstäbe. Mit der Feststellung des Sinnes einer Willenserklärung steht mithin zugleich fest, daß ein etwaiges Nichterkennen der Mehrdeutigkeit vom Standpunkt der verkehrsmäßigen Verhandlungssorgfalt schuldhaft ist, denn objektiv hat jede Partei die Möglichkeit, die Mehrdeutigkeit der Erklärungen zu erkennen. Hat also die Auslegung den objektiven Sinn einer Erklärung festgestellt („gewertet"), so ist es ein weiterer Schluß, daß das Nichterkennen der Mehrdeutigkeit verkehrsmäßig schuldhaft sei. In diesem Sinne wirft die Auslegung vor[81].

So handelt beim Dissens gemäß dessen logischen Voraussetzungen jede Partei schuldhaft vom Standpunkt der mit der geschäftlichen Verhandlung einsetzenden Rechtspflicht verkehrsmäßig richtigen Verhaltens[82]: Der Erklärende verschuldet, daß er eine mehrdeutige Erklärung abgibt; der Gegner verschuldet, daß er die Mehrdeutigkeit jener Erklärung in seine Gegenerklärung aufnimmt und diese selbst dadurch zu einer mehrdeutigen macht. Beide Parteien hätten bei der

[78] Engels, S. 61.

[79] ArchcivPr. 127, 32.

[80] Manigk, We. und Wg. S. 211 ff.

[81] Mit der Frage: objektiver oder individueller Verschuldensmaßstab steht und fällt Raisers Ansicht.

[82] Manigk, IherJ. 83, 65 ff.

erforderlichen Aufmerksamkeit die Mängel der Erklärungen erkennen können und müssen. Da sie dies versäumen, handeln sie schuldhaft[83].

Dieses Verschulden ist logisch zwingend in jedem Falle eines Dissenses auf beiden Seiten gleich groß. Legt man einen abstrakten Maßstab an, so konnten beide Parteien gleichermaßen ihre Erklärung unmißverständlich formulieren, andererseits aber auch die Mißverständlichkeit der gegnerischen Erklärung erkennen[84]. Da sie jedoch die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei Abgabe und Aufnahme der Erklärung nicht anwenden, entsteht das Mißverständnis. Beide Parteien haben es gleichermaßen schuldhaft verursacht. Würde man sagen, die eine Partei (A) habe schuldhafter gehandelt als die andere (B), so würde damit notwendig die Feststellung verbunden sein, B. habe weniger schuldhaft gehandelt. Das würde aber bedeuten, B. konnte kaum oder gar nicht erkennen, daß A. seine Erklärung nicht eindeutig, seinem Willen gemäß, formuliert hat. Hiermit aber würde weiterhin feststehen, daß die Erklärung des A. objektiv im Sinne B.'s zu verstehen war. A. müßte seine Erklärung auch in diesem Sinne gegen sich gelten lassen. Es wäre mithin ein Vertrag im Sinne B.'s zustande gekommen. Ein Fall des Dissenses läge gar nicht vor. Es wäre Irrtum gegeben[85]. Das Verschulden ist mithin notwendig auf beiden Seiten gleich groß, wenn der Fall des Dissenses vorliegt[86]. Damit dürfte der Auffassung Raisers der Boden entzogen sein. Man kann nicht mit ihm sagen, daß auch nur in einzelnen Fällen den einen Teil ein größeres Verschulden treffen könne als den anderen.

Die Schuldfrage bedingt stets zugleich die Geltung und den Inhalt der Willenserklärung. Darin liegt gerade der praktische Gewinn der Lehre, die Raiser zu Unrecht bekämpft.

Auch Hildebrandt sagt[87]: Es treffe beide Teile nicht notwendig gleiches Verschulden. — Doch sind schon seine Beispiele m. E. unzutreffend. Im ersten Beispiel[88] ist ein Vertrag perfekt zustande gekommen. Wenn auf die Offerte des A.

---

[83] Engels S. 61; Schönwald S. 43; a. A. Hildebrandt S. 207: In seinem Beispiel ist jedoch nur dann versteckter Dissens gegeben, wenn die eine Partei die Mehrdeutigkeit der Erklärung der anderen Partei erkennen konnte (und damit im Falle des Nichterkennens — wegen des objektiven Verschuldensmaßstabes — schuldhaft handelte). Konnte sie — objektiv — die Mehrdeutigkeit gar nicht erkennen, so ist die vorliegende Erklärung eindeutig, und es fehlt an einer wesentlichen Voraussetzung des Dissenses. (Vergl. oben S. 15 f.)

[84] Schönwald, S. 46.

[85] Schönwald, S. 47.

[86] Manigk, JherJ. 75, 197; Mirth, S. 47, 42; Engels, S. 62; Schönwald, S. 43, 45, 50.

[87] S. 207.

[88] S. 203: Der Kaufmann A. bezieht von der Fabrik B. seit Jahren eine bestimmte Ware zum Preise a. Ohne von dem zwischenzeitlichen Aufschlag zu wissen und wissen zu können, bestellt A. ein neues Quantum. In der Hoffnung, A. werde auch zu dem höheren Preise b abnehmen, läßt die Fabrik Waren, Ausführungsanzeige und Berechnung abgehen. Da durch Verwendung anderer Berechnungsgrundlagen der Preisaufschlag nicht ohne weiteres auffällt, bemerkt ihn A. erst, nachdem er im Vertrauen auf den Preisabschluß zu a eine anderweitige günstige Einkaufsgelegenheit versäumt hat.

zum Preise a die Fabrik B. die Ware abschickt, hierbei aber den Preis b, zu dem sie verkaufen will, durch Verwendung anderer Berechnungsgrundlagen so versteckt zum Ausdruck bringt, daß er „nicht ohne weiteres auffällt“, also bei Anwendung verkehrsüblicher Sorgfalt[89] nicht zu bemerken ist, so durfte A. die Zusendung der Ware nach Treu und Glauben als gleichfalls zum Preise a erfolgt ansehen. Er durfte also die Erklärung der Fabrik A. als Annahme seiner Offert auffassen. Der Kaufpreis a ist gültig vereinbart. Versteckter Dissens liegt aber auch deshalb nicht vor, da zumindest die Erklärung des A. objektiv eindeutig ist, also die Voraussetzung des versteckten Dissenses, das Vorliegen zweier objektiv mehrdeutiger Erklärungen, fehlt. Dies ist auch der Fall beim zweiten Beispiel[90]. Hier ist nach Hildebrandts Annahme eine jede Erklärung „für den anderen Teil eindeutig“. Auch hier fehlt mithin eine wesentliche Voraussetzung des Dissenses. Der Ansicht Hildebrandts ist daher nicht zu folgen.

Da nach den grundsätzlichen Voraussetzungen des versteckten Dissenses das Verschulden auf beiden Seiten grundsätzlich gleich groß sein muß, so ist eine Grundlage für einen Ersatzanspruch nicht gegeben[91]. „Liegen tatsächlich zwei objektiv mißverständliche Erklärungen vor, die auch beiderseits mißverstanden wurden, so kann keiner Partei zugemutet werden, für den Wert ihrer Erklärung einzustehen, da ein Vertrauen auf diesen Wert nicht hervorgerufen worden ist[92]“ bzw. nicht gerechtfertigt ist. „Wo gleiche Schuld auf beiden Seiten ist, da kann niemand von einem anderen Schadensersatz verlangen[93].“ Die einschlägigen Grundsätze der Haftung für culpa in contrahendo können mithin im Falle des Dissenses keine Anwendung finden.

Auch eine analoge Anwendung des § 122 BGB.[94] ist nicht möglich. Es ist eine ganz andere Sachlage gegeben, als im Falle des Irrtums. Während beim Irrtum die Möglichkeit des gegenseitigen Verstehens objektiv nicht besteht, ist es beim Dissens (wegen der Mehrdeutigkeit der Erklärungen) möglich, daß der eine Teil den anderen versteht. Nur der Umstand, daß beide Teile wegen ihrer Unachtsamkeit und Sorglosigkeit die Mehrdeutigkeit der Erklärung nicht erkennen und daher geeignete Aufklärung nicht für erforderlich halten, liefert die logische

[89] Wobei insbesondere zu berücksichtigen ist, daß A. schon seit Jahren immer zum Preise a gekauft hat und von dem zwischenzeitlichen Aufschlag nichts wissen konnte.

[90] Offerent und Oblat glauben verkauft zu haben, nachdem sie beide (für den anderen Teil) eindeutig, aber undeutlich, ihren Verkaufswillen erklärt haben.

[91] Manigk, JherJ. 75, 197; Wirth, S. 47; Endemann, § 70 Anm. 20: „Die Ersatzpflichten würden sich gegenseitig ausgleichen.“

[92] Wawrzyn (zitiert bei Raiser, ArchcivPr. 1927, 18).

[93] Engels, S. 67 mit weiterer Literaturangabe.

[94] Für eine Analogie kann nur der § 122 BGB. in Betracht kommen. Die analoge Anwendung der übrigen vom Reichsgericht angezogenen Paragraphen ist — wie auch Raiser, ArchcivPr. 127, 29 anerkennt — nicht haltbar. Vergl. auch Manigk, JherJ. 75, 194; Levy, JW. 22, 1313; Oertmann, ArchcivPr. 1923, 122; Staudinger, § 155, 5; a. A. v. Tuhr, ArchcivPr. 121, 359.

Voraussetzung des Dissenses[95]. Eine Willenserklärung im Sinne des § 122 BGB. liegt daher gar nicht vor. Dieser setzt eine solche Willenserklärung voraus, auf die der Anerklärte vertrauen konnte[96]. Wegen des Vertrauens, das er in dem Gegner hervorrief, und das letzterer in die Erklärung setzen konnte und durfte, ist es im Falle des Irrtums billig, den Erklärenden auf das negative Interesse haften zu lassen. Das ist jedoch beim Dissens nicht der Fall. Hier konnte und durfte der Gegner auf die Erklärung des anderen nicht vertrauen. Er hätte vielmehr die Mehrdeutigkeit erkennen müssen und sich durch Nachfragen Klarheit verschaffen können[97]. Eine Willenserklärung im Sinne des § 122 liegt nicht vor. Der § 122 ist mithin auf den Fall des Dissenses unanwendbar . .

Wenn man aber trotzdem der Analogie des § 122, I BGB. folgen wollte, so wäre auch der Abs. 2 a. a. O. zu beachten[98]. Hiernach ist die Ersatzpflicht dann ausgeschlossen, wenn die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit erkennbar war, d. h. wenn der Gegner dieselbe kannte oder fahrlässig verkannte.

Voraussetzung beim Dissens ist das Vorliegen zweier objektiv mehrdeutiger Erklärungen. Jede Partei hat die Möglichkeit, dies zu erkennen. Erkennt sie dies aber, wie es beim Dissens der Fall ist, nicht, deutet sie vielmehr die Erklärung nur im einseitigen Sinne, so handelt sie fahrlässig; und zwar handelt sie in jedem Falle fahrlässig, denn „das Kennenmüssen ist nicht nach der subjektiven Veranlagung, sondern nach dem zu bestimmen, was ein verständiger, normal veranlagter Mensch erkennen würde[99]". Die Voraussetzungen des § 122, II BGB. wären mithin gegeben. Selbst wenn man also den § 122, I analog anwenden wollte, müßte man doch auf Grund des Abs. 2 die Ersatzpflicht stets verneinen[100].

Dieses Ergebnis wird noch durch eine Billigkeitserwägung gefestigt[101]. Der „Schuldige" wäre nämlich im Falle des Dissenses schlechter gestellt, als wenn — entgegen seinem inneren Willen — die Erklärung im Sinne des Gegners auszulegen wäre. Im letzteren Falle wäre er auf eine Anfechtung angewiesen. Es würde in seiner Hand liegen, ob er den Vertrag bestehen lassen wollte oder nicht. Eine Ersatzpflicht gemäß § 122 könnte ihm wider seinen Willen nicht aufgenötigt werden. Anders beim Dissens. Hier ist der Vertrag nichtig. Ein jeder kann sich darauf berufen[102]. Die Ersatzpflicht würde bestehen, ob der „Schuldige" will oder nicht.

---

[95] Schönwald, S. 46.

[96] Schönwald, S. 49.

[97] Manigk, JherJ. 75, 197; Schönwald, S. 49.

[98] Manigk, JherJ. 75, 197; Schönwald, S. 50.

[99] Staudinger, § 122, 4.

[100] Raiser, ArchcivPr. 1927, 35 will beim Vorliegen beiderseitigen Verschuldens, was ja — wie wir gesehen haben — in jedem derartigen Dissensfalle zutrifft, aus Gründen der Billigkeit den § 254 anwenden, nicht aber den § 122, II.

[101] Vergl. Oertmann, ArchcivPr. 121, 126; Schönwald, S. 43 ff.

[102] Engels, S. 66.

Die Ansicht Raisers[103], dem „Schuldigen" müsse die Möglichkeit gegeben werden, seine objektiv mehrdeutige und vom Gegner mißverstandene Erklärung im Sinne des Gegners gelten zu lassen, ist abzulehnen. Auf den Inhalt der Willenserklärung hat der Erklärende nach der Abgabe keinen Einfluß mehr. Ihr Inhalt ist und bleibt der gleiche wie bei der Abgabe. Eine Aenderung ist unstatthaft. War die Erklärung objektiv mehrdeutig, so kommt es auf den wirklichen inneren Willen an, den der Erklärende bei der Abgabe hatte. Nur in diesem Sinne könnte die Erklärung wirksam werden und ein Vertrag zustande kommen. Mißversteht sie jedoch der Gegner, so ist auch diese Möglichkeit erschöpft. Es ist — im Gegensatz zum Falle des Irrtums und des Anfechtungsrechtes — infolge der gegebenen Nichtigkeit der Erklärung nicht mehr möglich, die Erklärung nunmehr im Sinne des Gegners wirksam sein zu lassen. Nach der Abgabe ist dem Erklärenden die Möglichkeit genommen, auf den Inhalt der Erklärung einzuwirken. Der Vertrag ist nichtig.

Wegen dieser Nichtigkeit des Vertrages wäre der „Schuldige" jederzeit einem Schadensersatzanspruch ausgesetzt. Da er aber — im Gegensatz zum Irrtum — eine solche Erklärung, auf die der Gegner vertrauen konnte, nicht abgegeben hat, wäre dies jedoch sehr unbillig. —

Auch das allgemeine Prinzip, das Kuhlenbeck aus den §§ 122, 179, 307, 309 BGB. ableitet[104], würde eine Stütze für einen Ersatzanspruch nicht bieten können. Nach Kuhlenbeck besteht der Grundsatz, „daß in allen Fällen, in denen eine Erklärung nichtig ist, der dadurch geschädigte Erklärungsempfänger einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse erlangt, es sei denn, daß er die Nichtigkeit kannte oder kennen mußte". Die gegen diesen Satz geltend gemachten Bedenken bedürfen hier keiner weiteren Erörterung[105]. Er ist im Falle des Dissenses unanwendbar. Schon nach der Formulierung Kuhlenbecks besteht eine Ersatzpflicht dann nicht, wenn der Geschädigte die Nichtigkeit kannte oder kennen mußte. Da dies aber beim Dissens — wie oben dargelegt[106] — in jedem Falle zutrifft, so wäre eine Schadensersatzpflicht nie gegeben. —

---

[103] ArchcivPr. 1927, 37, ff.

[104] DJZ. X, 1142.

[105] Gegen Kuhlenbeck auch Klein, DJZ. XI, 596; Oertmann, ArchcivPr. 121, 125; Mirth, S. 48. Bedenklich erscheint es, einen allgemeinen Grundsatz aufzustellen, wenn das so gefundene Prinzip nur in Einzelfällen vom Gesetz anerkannt ist (a. A. Schönwald, S. 20, 48). Vor allem aber auch die Konsequenzen lassen die Ansicht Kuhlenbecks als unhaltbar erscheinen. So würde z. B. ein Geisteskranker, dessen Krankheit noch nicht erkannt und bekannt ist, die aber auch nicht erkennbar ist, auf das negative Interesse haften müssen. Das erscheint jedoch sehr unbillig. Der von Kuhlenbeck gefundene Satz ist daher abzulehnen.

[106] Vergl. oben S. 23 ff., 27.

Eine Grundlage für einen Schadensersatzanspruch bei verstecktem Dissens ist im geltenden Recht aus diesen Gründen nicht gegeben. Weder die Gesetzes-Analogie zu § 122, noch eine Rechts-Analogie bieten hierfür einen Stützpunkt. Auch die Grundsätze der Haftung für culpa in contrahendo versagen. Wenn auch eine Haftung für culpa in contrahendo selbst in den Fällen des Nichtzustandekommens des Vertrages anzunehmen ist[107], so ist doch beim versteckten Dissens für eine Haftung kein Raum.

---

[107] Vergl. oben S. 9 Anm. 5.

Lebenslauf.

Geboren am 27. Oktober 1909 als Sohn des stellv. Chefchemikers Joseph Nonhoff und seiner Ehefrau Anne geb. Strätling, besuchte ich in Essen 4 Jahre die Volksschule. Im Jahre 1920 kam ich auf das Realgymnasium zu Essen-Bredeney, wo ich im Jahre 1929 die Reifeprüfung ablegte. Ich besuchte dann die Universität in Münster, um mich dem Studium der Rechtswissenschaften zu widmen. Am 26. November 1932 bestand ich am Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Prüfung. Während des Sommersemesters 1933 und des Wintersemesters 1933/34 setzte ich meine juristischen Studien an der Universität Marburg fort, woselbst ich am 29. März 1934 die mündliche Doktorprüfung bestand.